



A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A DERROCADA DA CLÁUSULA DA SEPARAÇÃO DE PODERES?

Adriano Mendes Shulc¹
Ana Cláudia Loiola de Moraes Mendes²

RESUMO

O presente trabalho busca analisar o fenômeno do expansionismo da jurisdição constitucional, tendo como ponto de partida a doutrina do *judicial activism* nas recentes decisões proferidas pela Excelsa Corte Constitucional (STF) e o consequente impacto no postulado da separação de poderes. Pretende-se, assim, discutir a legitimidade democrática das decisões contramajoritárias e a interferência do Poder Judiciário nas competências conferidas aos demais poderes (executivo e legislativo), sob fundamento da máxima efetivação dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Separação de Poderes. Direitos Fundamentais. Ativismo Judicial. Controle de Constitucionalidade.

THE EXPANSION OF THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION: THE OVERTHROW OF THE SEPARATION OF POWERS CLAUSE?

ABSTRACT

The main objective of this essay is to analyse the phenomenon of expansionism of Constitutional jurisdiction, starting with the doctrine of judicial activism in the decisions of the Brazilian Federal Supreme Court (STF) and the consequent impact on the postulate of separation of powers. It is therefore intended to discuss the democratic legitimacy of these decisions – counter-majoritarian – and the interference of the judiciary power in the other powers (executive and legislative), on the basis of the maximum effectiveness of the fundamental rights.

Keywords: Constitutional Jurisdiction. Separation of power. Fundamental Rights. Judicial Activism. Judicial Review.

INTRODUÇÃO

A noção de jurisdição constitucional está afeta nitidamente à função de garantidora dos direitos fundamentais, notadamente diante do aumento significativo das exigências quanto ao compromisso constitucional de se efetivar um Estado de bem-estar social no Brasil.

¹ Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB (linha de pesquisa: Políticas Públicas, Constituição e Organização do Estado). Especialista em Serventias Notariais e Registrais. Especialização em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do DF e Territórios e Especialização *lato sensu* pela Escola da Magistratura do Distrito Federal. E-mail: adriano.mendes@tjdf.jus.br.

² Mestra em Direito Constitucional (EDB/IDP). Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal (EDB/IDP). Professora de Direito Penal (Faculdade Processus/DF).





Essa função (jurisdição constitucional), não se pode descurar, é desempenhada em nosso país pelo Eg. Supremo Tribunal Federal, seja na manutenção da higidez do ordenamento jurídico através do controle de constitucionalidade das leis, seja na tutela dos direitos fundamentais e na manutenção do sistema federativo do Estado brasileiro.

Todavia, até que ponto a expansão desse controle normativo protagonizado pela nossa excelsa Corte Constitucional (STF) seria efetivamente salutar para a manutenção do postulado da separação de poderes, sem que com isso ocorram nefastas investidas às competências legitimamente conferidas pela Constituição Federal aos demais poderes constituídos (executivo e legislativo)?

Ainda, fenômeno não raro hoje no Brasil em relação à Jurisdição Constitucional, é a tendência de se fazer preponderar a atuação do Poder Judiciário face aos demais poderes notadamente quando conflitantes. Ou seja, com base em decisões justificadas “argumentativamente” pretende-se, com o modelo atual de jurisdição constitucional, minimizar os eventuais riscos de abusos presentes no âmbito do cenário político, ainda que para isso seja necessário conferir novos contornos ao desenho institucional da cláusula de separação de poderes.

O presente artigo tem como objetivo analisar o expansionismo da jurisdição constitucional e seus reflexos sobre o modelo de separação de poderes vigente no atual ordenamento jurídico brasileiro, bem como a possibilidade de desestruturação da cláusula da tripartição de funções preconizada por Montesquieu em suas variadas vertentes (horizontal, temporal, vertical e social).

Assim, em um primeiro momento, serão abordados os aspectos importantes sobre a jurisdição constitucional, tais como um brevíssimo estudo da sua história, conceituação e função.

Em seguida, será analisado o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos normativos - no cenário brasileiro - atualmente tratado à semelhança de uma “torre de vigia” - como se numa visão panóptica³ (BENTHAM, 2008, p. 58) - a incidir indistintamente na produção normativa e na atuação daqueles atores (políticos) detentores do poder.

Serão perscrutados, também, os recentes posicionamentos doutrinários atinentes à reconstrução da doutrina do *judicial activism* no Brasil que tem servido como “instrumento” de criação e de (re) interpretação dos textos da Constituição Federal e das leis - muita vez - à

³ - Bentham descreve tal fenômeno em sua obra como se fora um efeito, onde na torre tudo se vê sem nunca ser visto.





margem das decisões políticas tomadas e já definidas pelo parlamento, o que tem tornado os juízes verdadeiros “curadores políticos” em nome da salvaguarda irrestrita dos direitos da sociedade.

Será tratado, também, o expansionismo da jurisdição sob o enfoque da desconfiança das instituições e do método precaucional de defesa.

Na última parte deste artigo será aprofundada a idéia de “cruzamento de poderes” (*Gewaltenverschränkung*) - entre o parlamento e o executivo - como uma maneira de equilibrar e de garantir que a jurisdição constitucional – construída “à moda brasileira” - seja aplicada (jurídica e politicamente) de modo eficaz na democracia brasileira, inibindo - por assim dizer - quaisquer suspeitas de eventuais violações ao princípio constitucional da separação de poderes.

A metodologia utilizada será a revisão bibliográfica dos marcos teóricos apontados (expansionismo da jurisdição constitucional e seus limites), bem assim um estudo jurisprudencial e doutrinário acerca da relevância e do impacto, na comunidade jurídica e na sociedade, das decisões contramajoritárias, na estrutura da separação de poderes.

1. Jurisdição Constitucional – Conceito e breve esboço histórico.

Jurisdição pode ser definida como “*o poder que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de formular e fazer praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica*” (LIEBMANN, 1968, p.3).

Em tempos remotos, os conflitos entre as pessoas comumente eram resolvidos por meio da força bruta ante a ausência total do Estado em intermediar as contendas.

No entanto, com o passar dos tempos, o desforço privado perdeu seu espaço, mormente quando o Estado passou a controlar e impingir meios de solução para esses conflitos. De fato, o Estado - após a organização política medieval - se concentrou na figura do Rei e a autoridade pública passou a emanar unicamente dele, atingindo indistintamente a todos os indivíduos, não havendo pois, em seu território, sequer limites que não estivessem sob o jugo do governo soberano (MIRANDA, 1977, p. 63).

De sua vez, a jurisdição constitucional moderna surge com o advento do Estado liberal, fase seguinte ao declínio do absolutismo monárquico e contemporânea aos movimentos das revoluções burguesas, notadamente a par das revoluções inglesas do século XVII (Puritana e Gloriosa); a Revolução industrial; a independência dos Estados Unidos da América e a Revolução Francesa.



A burguesia de então passou a questionar a intervenção do soberano absolutista na economia do Estado, bem como nos direitos e nos deveres de seus súditos, exigindo para tanto a elaboração de um documento que assegurasse a todos indistintamente a plenitude dos direitos civis, políticos e sociais, sem nenhum tipo de discriminação seja de cunho sexual, de gênero ou mesmo ética.

A ideia geral, portanto, de um documento escrito no qual se pudessem declarar os direitos e as liberdades e de se estabelecer os limites do poder político foi o grande mote para a expansão da jurisdição constitucional nos países ocidentais.

E sem dúvida o francês Sieyès foi o grande precursor da ideia de jurisdição constitucional, que preconizava a limitação do poder político pela Constituição por meio de um órgão chamado *Jury Constitutionnaire*.

Referido órgão teria o poder/competência para fiscalizar abstratamente a fidelidade das leis em face da Constituição suprema. Isto é, as decisões políticas haveriam de estar em consonância com os mandamentos constitucionais. De outro lado, a Constituição teria como guardião um órgão *a latere* dos poderes constituídos, principalmente do Poder Judiciário o qual até a pouco tempo era composto pela nobreza do *Ancien Régime* considerada por muitos corrupta (TOCQUEVILLE, 1997, p.90).

No entanto, a ideia de controle das leis formulada por Emmanuel J. Sieyès não vingou em sua pátria natal. Para os seus opositores seria demais que atos emanados por representantes do povo pudessem sofrer qualquer tipo de controle ou ingerência oriundos de órgãos não legitimados popularmente.

O ideal de fiscalização das leis na Europa passou por uma longa fase de dormência. Foi no continente americano que a ideia de jurisdição constitucional alcançou seu maior espectro.

De fato, a Suprema Corte norte-americana, em 1803, no famoso caso *Marbury v. Madison*, foi protagonista em iniciar o modelo *Marshall* de jurisdição constitucional consistente no *judicial review*. Isto é, por meio de um controle de fiscalização de leis - incidental e concreto -, com fundamento no brilhante voto do então *Chief Justice* John Marshall, conferiu o direito a William Marbury de tomar posse como juiz de paz.

A Europa, de sua vez, não fechou por completo os olhos para o fato de que a supremacia legislativa poderia ser - em alguns casos - perniciosa não somente para os indivíduos como também para a “coesão” do próprio sistema jurídico vigente.



Nesse ponto, a ideia de soberania da Constituição foi sufragada pelo jurista austríaco Hans Kelsen que, ao acolher a doutrina norte-americana do controle judicial das leis e dos atos normativos, desenvolveu um novo sistema de jurisdição constitucional, com feição um pouco diferenciada daquela norte-americana, concebendo o exercício do controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos de forma concentrada e por um único tribunal constitucional.

O modelo, pois, Kelseniano de jurisdição constitucional foi bem recebido pelos demais países europeus, notadamente após o advento da primeira grande guerra mundial.

No Brasil, a ideia de jurisdição constitucional também vingou, todavia de forma *sui generis*. Consoante asseverado pelo Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes (MENDES, 2017) “*O desenho e organização da jurisdição constitucional brasileira reúnem, de forma híbrida, características marcantes dos clássicos modelos de controle abstrato e de controle concreto de constitucionalidade*”.

Assim, a primeira constituição brasileira a incorporar o mecanismo de controle de fiscalização das leis foi a constituição republicana promulgada em 1891, notadamente sob forte inspiração da Constituição dos Estados Unidos adotou-se *a priori* o sistema de controle difuso e incidental.

A Carta Magna de 1934, de sua vez, introduziu alguns outros mecanismos tais como: a possibilidade de o Senado suspender a execução das leis e demais atos normativos e a cláusula de reserva de plenário, a qual vincula a declaração de inconstitucionalidade pela maioria dos membros do tribunal e, também, a possibilidade da representação interventiva por parte do procurador-geral da república quando da proteção dos princípios constitucionais.

A par das constituições seguintes, houve da mesma forma significativa mudança no desenho da jurisdição constitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

Com efeito, o controle concentrado genérico ou abstrato foi introduzido pela emenda constitucional nº 16/65 da Constituição de 1946. De sua vez, a Constituição Federal de 1988 introduziu a ADI por omissão, o mandado de injunção e a ADPF, tendo sido alterado o art. 102 da Carta Política para a instituição da reclamação constitucional. A emenda constitucional de 1993, à sua vez, criou a Ação Direta de Constitucionalidade e, por fim, a emenda constitucional nº 45 aumentou o número de legitimados para a ADC e conferiu efeito vinculante às súmulas do STF.



2. “Torres de Vigia”: O Controle Judicial de Constitucionalidade das leis e o Princípio da Separação de Poderes.

A professora e socióloga alemã *Ingeborg Maus* em seu ensaio “*Judiciário como Superego da Sociedade*” nos faz um importante alerta quanto à noção atual de que sem tem atribuído à jurisdição constitucional como indefectível, notadamente ao afirmar que “qualquer crítica sobre a jurisdição constitucional atrai para si a suspeita de localizar-se fora da democracia e do Estado de direito” (MAUS, 2000, nº 58).

Ora, há pouco mais de vinte anos a jurisdição constitucional era encarada pelos juristas e aplicadores do direito ainda nos moldes como concebidos pelo ilustre jurista austríaco Hans Kelsen, ou seja, a jurisdição constitucional limitava-se a servir como “*um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais*” (KELSEN, 2013, p. 121), melhor dizendo: a jurisdição constitucional era vista basicamente como uma garantia da própria higidez da Constituição.

É verdade que esse sentido já não é mais suficiente hoje em dia, considerando que a noção de jurisdição constitucional atualmente tem sido alargada passando a ser plúrima, isto é, serve tanto como instrumento de garantia da Constituição, como também elemento capaz de assegurar aos cidadãos – destinatários diretos do texto magno – os direitos mínimos (fundamentais) e os meios e instrumentos de defesa a eles inerentes.

A advertência da ilustre professora alemã, no entanto, ainda é pertinente, na medida em que – diante desse novo contexto da Jurisdição Constitucional – deve-se conferir certa medida e parcimônia quando da sua aplicação, evitando-se exageros.

A fim de que não haja uma desestabilização das próprias relações sociais, sob a justificativa de a todo custo pretender-se a concretização das normas e dos princípios (explícitos e implícitos) contidos na Constituição e de se evitar consequentemente um decisionismo judicial desmedido, mormente nas questões que envolvam políticas públicas e Justiça social, é que se deve dar a devida atenção e cautela ao se permitir qualquer ingerência do Poder Judiciário em tais temas, diga-se de passagem: temas mais caros à sociedade.

Segundo, ainda, Ingeborg Maus, a Alemanha ultimamente tem padecido desse mal - principalmente após as duas grandes guerras mundiais - ao enaltecer a sua própria jurisprudência constitucional e conferir uma relevância sem precedentes à interpretação e, conseqüentemente, também “*um maior controle jurisdicional sobre o legislador*” (MAUS, 2000, nº 58).

Estaria tal fenômeno também ocorrendo no Brasil?



Sem embargo das melhores intenções daqueles que operam e lidam com o direito, o que se tem visto - nos dias atuais de nossos foros - são decisões judiciais que - ao aproximarem demasiadamente o direito da moral -, acabam por produzirem decisões “ditas de vanguarda”, porém muitas vezes travestidas de uma vontade sub-reptícia de dominação, de supremacia e *quicá* de arbítrio. Tais decisões não raro padecem de uma razão lógico-jurídica que efetivamente as justifique e as legitime, haja vista motivadas, de certo modo, pelo ego daqueles mesmos operadores que as produziram.

Ainda para a professora, os Estados Unidos da América também sofreram sob o domínio de uma “justiça superior” porquanto embora sejam um “*país que já desenvolveu um modo original de controle judicial da constitucionalidade desde o começo do século XIX*” têm construído – e com certa frequência – uma jurisprudência calcada na biografia e na personalidade de seus próprios juizes, estes muitas vez vistos como verdadeiros “profetas ou deuses do Olimpo” (MAUS, 2000, nº 58). A jurisprudência americana há muito navegou de acordo com os sabores e as idiossincrasias das personalidades desses mesmos atores que se atribuíam poderes incontidos e ilimitados.

Isso parece ser um fato e a história nos descortina bem essa problemática, notadamente nos casos emblemáticos de interferência de poderes (judiciário x legislativo e judiciário x executivo), vide os casos: *Lochner vs. New York*⁴; *United States vs. Carolene Products Co.*⁵ e *Brown vs. Board of Education*⁶. Em tais casos, o controle de constitucionalidade foi estabelecido pela Suprema Corte com critérios diversos, ora atuando a Corte com nítida autorrestrição, ora atuando de forma mais proativa (mais ativista, leia-se).

É verdade, pois, que a Constituição em seu desenho institucional moderno é um poderoso instrumento jurídico limitador da atuação dos atores do cenário político em geral. Nesse aspecto, o mecanismo do *controle judicial de constitucionalidade das leis* é utilizado como ferramenta das mais importantes para a preservação do Estado de direito, notadamente

⁴ - O caso *Lochner vs. New York* é um marco do ativismo judicial, notadamente onde a Suprema Corte americana declarou inválida uma lei que limitava a jornada de trabalho em que os padeiros poderiam cumprir semanalmente, impondo uma proibitiva limitação à atividade econômica e de contratar, bem assim impondo amarras ao legislador sob a justificativa que o direito de contratar estava garantido pela 14ª Emenda).

⁵ - No caso *United States vs. Carolene Products Co.* do ano de 1938, com forte viés ativista, debateu-se a constitucionalidade de uma lei que proibia o transporte de leite com óleo vegetal, entendendo, nesse específico caso, a Suprema Corte americana que ao Poder Judiciário cabe aplicar as regras expressas e específicas da Constituição e intervir no processo político quando necessário, seja para proteção do sistema democrático, seja para compatibilizar o tratamento dado pelas maiorias em relação às minorias.

⁶ - O caso *Brown vs Board of Education* foi um dos mais célebres casos enfrentados pela Suprema Corte Norte-Americana. De fato, nesse caso a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade da lei que pregava a separação entre estudantes negros e brancos nas escolas públicas.



ante as ações antidemocráticas que – muitas vezes - tendem a corroer as bases sólidas dessa mesma Constituição.

Entretanto, cabe advertir que esse mecanismo de defesa (controle de constitucionalidade), em sua nova modelagem, passou a agir em todo ambiente (político, jurídico e econômico) como se fora uma verdadeira “torre de vigia” - “*watchtower*”-, em perfeita visão *panótica* tal como descrita por *Jeremy Bentham* (BENTHAM, 2008, p. 58) onde em sua arquitetura há no centro e, em posição bem elevada, um ente ou mesmo poder (Poder Judiciário, no caso) e na periferia abaixo se encontram os indivíduos e as demais instituições constitucionalmente constituídas que passam a sofrer de certa forma o controle total desse poder controlador.

Tal fenômeno pode ser muito bem observado, por exemplo, quando da “interação” entre o Poder Judiciário e o Parlamento. De fato, há pouco tempo não se discutia que o Judiciário detinha a última palavra em termos de interpretação constitucional. Esse raciocínio tinha o respaldo em substancial teoria defendida por Ronald Dworkin (DWORKIN, 2005, p. 34-35) mormente na aproximação da teoria moral ao direito constitucional.

Para Dworkin, não há nada de mais que um punhado de juízes (não eleitos majoritariamente) possam desconstituir as leis (mesmo exaustivamente debatidas e aprovadas pelo Parlamento), sem nenhuma parcimônia, notadamente por meio de um sofisticado mecanismo de controle e de fiscalização das leis, ao argumento de que “*um indivíduo tem direito à proteção contra a maioria, mesmo à custa do interesse geral*” (DWORKIN, 2007, p. 230).

Nesse ponto, há quem acredite que decisões sobre justiça atinentes a direitos fundamentais não poderiam ficar ao mero alvedrio (arbítrio) do legislador, devendo a jurisdição constitucional na maior parte dos casos e, em nítida posição de superioridade, fazê-los efetivar a fim de preservar o próprio conceito de democracia.

Nesse exato ponto, a justiça constitucional, também compreendida como jurisdição constitucional, passa a agir não somente como na visão *kelseniana* – ao apreciar as normas face ao preceito constitucional -, mas também sob figurino não contido na constituição, atuando em verdade como um perigoso mecanismo de controle jurisdicional do próprio legislador.

Em tema, pois, de jurisdição constitucional, portanto, vale a pena refletirmos sobre a pergunta elaborada por Ingborg Maus: “*não será a Justiça em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído?*” (MAUS, 2000, nº 58).



O Barão de Montesquieu na obra “O Espírito das Leis” (MONTESQUIEU, 1982, Cap. VI), ao tratar da teoria da separação de poderes - de forma quase profética - já nos advertia há três séculos desse perigo ao asseverar que:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.” (grifo nosso)

Portanto, não obstante o princípio da separação de poderes haver adquirido com o passar dos tempos uma nova roupagem – adaptando-se às complexidades das sociedades e das constituições contemporâneas – tal não significa dizer que o significado proposto por Montesquieu se perdeu ou muito menos poderá ser negligenciado.

A necessidade, pois, de se limitar o poder é uma constante e o princípio da separação dos poderes – em sua essência – continua ainda sendo um poderoso mecanismo contra o arbítrio e mantenedor do equilíbrio das instituições de um Estado Democrático de Direito.

3. A doutrina do *judicial activism* no Brasil.

Se por um lado, é verdade dizer que o Brasil vivenciou um longo período sob a égide da cultura jurídica calcada na visão positivista e extremamente legalista, ainda sob o viés patrimonialista (influências Napoleônicas), de modo que a jurisdição constitucional brasileira era bastante acanhada e tímida e os juízes atuavam ainda como a “boca da lei” (*la bouche de la loi*) na maior parte dos casos; por outro lado, hoje, temos um Poder Judiciário muito mais solto dessas amarras - verdadeiramente desprendido da hermenêutica tradicional – fato que tem alterado paulatinamente a vetusta modelagem da cláusula da separação de poderes, mormente quando da “aproximação” entre o direito e a moral e da elevação dos princípios a mandamentos de otimização (ALEXY, 2008, p. 90) agora ínsitos na própria Constituição. Esse novo papel encarnado pelo Poder Judiciário, notadamente nas democracias



liberais ocidentais (americana, inglesa, francesa etc.), tem influenciado, no mais das vezes, as democracias mais recentes como a brasileira, por exemplo.

Essa nova roupagem do Judiciário, no Brasil, talvez tenha se originado há algum tempo - ante a uma busca incansável de um ideal de justiça social e de liberdades individuais - ou seja, desde os primórdios do processo de redemocratização da política brasileira em 1945 com o fim do Estado Novo, até o ano de 1985, no qual esse processo foi concluído, adquirindo o Poder Judiciário significativo fôlego com o advento da Constituição Federal de 1988.

Tais teorias libertárias até hoje têm sido o pano de fundo para muitas decisões dos nossos órgãos jurisdicionais que ultimamente passaram a redesenhar o direito posto, mormente diante da criação de novos mecanismos jurídicos de fiscalização das leis por meio de uma justiça constitucional “onipresente e garantidora” da suprallegalidade da Constituição Federal.

E se é verdade que essas “teorias libertárias” têm preconizado e influenciado cada vez mais o próprio sentido das leis e o papel do Estado frente aos indivíduos - e isso é fato - daí formulamos o seguinte questionamento: de que leis realmente precisamos?

As leis devem ser mesmo restritivas e o ordenamento jurídico deve possuir uma legislação com alta densidade de carga moral? Partindo-se de casos concretos, justifica-se hoje a proibição do aborto? Proibir a prostituição seria salutar para a sociedade? Precisamos de leis que coíbam os jogos de azar? O casamento entre pessoas do mesmo sexo deve ser ignorado, ante a falta de norma expressa na Constituição que o autorize? A proibição da comercialização de drogas é só uma questão de saúde pública ou faz parte desse pacote de “legislação moral”?

Caso as respostas a tais indagações sejam em sua maioria negativas, mormente para boa parte dos indivíduos, a discussão e os debates quanto à legitimidade de tais leis devem remanescer apenas no ambiente político ou caberá ao Poder Judiciário tomar uma atitude – ainda que extrapole seus próprios limites e competências – a fim de combater os arbítrios e os arroubos ocorridos nos meandros dos cenários políticos?

Ora, no atual modelo de revisão judicial (*judicial review*), teriam os órgãos jurisdicionais legitimidade democrática (considerando certa dificuldade contramajoritária) para exercer um juízo de conformidade dessas leis (ditas incompatíveis com o ordenamento jurídico), notadamente por meio do movimento consistente no Ativismo Judicial como solução para para tais questões?



O famoso caso *Lochner vs New York*⁷ enfrentado pela Suprema Corte americana é um marco referencial acerca da idéia do *ativismo judicial*, embora essa expressão ainda não estivesse sido difundida como movimento de criação judicial do direito pelos órgãos jurisdicionais.

De fato, foi o jornalista Arthur Schlesinger, ao escrever para a revista *Fortune Magazine*, nos idos de 1947, que, ao comentar a atuação dos juízes da Suprema Corte Americana, classificou-os, basicamente: em juízes ativistas, isto é, modificadores do sistema jurídico, atuando como verdadeiros “legisladores”; e também em juízes voltados à autorrestrição (*self-restraint*), e, por fim, em juízes simplesmente moderados.

Especificamente na era *Lochner* a Suprema Corte passou a atuar em uma posição extremamente ativista – em um verdadeiro ativismo judicial extremado – isto é, os juízes passaram a agir ao largo das amarras das leis e do direito, ora invalidando lei que limitava a jornada de trabalho de certa categoria de trabalhadores (no famoso caso dos padeiros⁸), sob o fundamento de que o direito de contrato entre o empregador e o empregado deveria ser sempre observado, mesmo em detrimento a direitos de proteção aos trabalhadores, ora de encontro às medidas econômicas tomadas pelo Presidente *Roosevelt* tendentes a salvar o país da depressão dos anos 30.

De sua vez, a Corte Warren foi um significativo marco na fase ativista da Suprema Corte, mais especificamente em relação à proteção dos direitos e das liberdades civis já no século XX.

Cita-se também o caso emblemático *Brown vs. Board of Education*, no qual os juízes da Suprema Corte decidiram pela inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas públicas, sob o fundamento da violação frontal à décima quarta emenda em sua cláusula constitucional da *equal protection of laws*.

De sua vez, no Brasil, o ativismo judicial, se por um lado foi encarado como um movimento elogiável, visto ser considerado por muitos como a solução derradeira para os casos considerados difíceis, onde os tribunais brasileiros passaram a criar um novo direito e

⁷ - O caso *Lochner vs. New York* é um marco do ativismo judicial, notadamente onde a Suprema Corte americana declarou inválida uma lei que limitava a jornada de trabalho em que os padeiros poderiam cumprir semanalmente, impondo uma proibitiva limitação à atividade econômica e de contratar, bem assim impondo amarras ao legislador sob a justificativa que o direito de contratar estava garantido pela 14ª Emenda).

⁸ - Nesse emblemático caso a Suprema Corte americana declarou inválida uma lei que limitava a jornada de trabalho em que os padeiros poderiam cumprir semanalmente, impondo uma proibitiva limitação à atividade econômica e de contratar, bem assim impondo amarras ao legislador sob a justificativa que o direito de contratar estava garantido pela 14ª Emenda).





uma nova interpretação desse mesmo direito, e por assim dizer passaram a “dar ouvidos” aos reclamos das minorias⁹ (HART, 1980, p. 42) -, de outro lado passou a ser alvo de fundadas críticas, seja por justificativa de falta de legitimidade democrática, seja pelo argumento de intromissão indevida nas competências do Parlamento.

Nesse último ponto, o filósofo Neozelandês Jeremy Waldron é uma das vozes mais expressivas que não têm aceitado o movimento do ativismo judicial da forma como hoje praticada pelo Judiciário (WALDRON, 2006, p. 1340).

Para Waldron, o *judicial review* por seu caráter nitidamente contramajoritário – aplicado de forma desmedida e sem critérios – tornar-se-á sem dúvida um mecanismo inconsistente e pernicioso ao próprio ordenamento jurídico que o instituiu.

O autor adverte, portanto, que o controle e a fiscalização das leis pelo Judiciário devem seguir parâmetros rigorosos para a sua efetivação e, tão-somente, em situações excepcionais, isto é, apenas quando houver evidente disfuncionalidade do Parlamento, mormente na efetivação dos direitos fundamentais no âmbito do processo legislativo ou mesmo quando o Judiciário for confrontado com situações anômalas, as quais coloquem em risco os próprios valores democráticos que estão em disputa naquela Casa Legislativa.

Nesse exato ponto, o ilustre professor da Universidade de São Paulo José Levi Mello do Amaral Júnior, em brilhante artigo (2013) bem sintetizou algumas características elencadas por Waldron nas quais, em uma sociedade, não se justificam que discussões nitidamente políticas sejam tomadas também no âmbito judicial:

(1) existência de instituições democráticas em razoável bom funcionamento (note-se: Waldron não exige perfeição), incluindo uma legislatura representativa eleita em bases de sufrágio adulto universal; (2) existência de instituições judiciais, também em razoável bom funcionamento (mais uma vez: não exige perfeição), configuradas em bases não representativas para conhecer de processos individuais, definir disputas e preservar o Estado de Direito; (3) existência de compromisso da parte de muitos dos membros da sociedade e dos agentes públicos com a ideia de direitos individuais e de minorias; o que não impede a ocorrência de (4) desacordos – de boa-fé – entre os membros da sociedade comprometidos com a ideia de direitos acerca do sentido desses direitos.”

Não obstante, consigna-se que não se pretende nesse artigo endossar, tão-somente, as críticas dos defensores por um conservadorismo irrestrito e irresponsável. A autocontenção judicial – sem dúvida alguma - não deve ser uma tônica em nossos tribunais, porquanto há

⁹ - Hart assevera que o controle de fiscalização das normas há de servir como instrumento garantidor das leis e da forma como elaboradas devendo para tanto serem ouvidas as vozes das minorias e via de consequência mantendo abertos os canais de comunicação de tais vozes quando da elaboração das leis.



situações peculiares em que uma postura mais contundente (proativa) por parte do Judiciário se faz necessária, sem que isso configure certa “supremacia judicial” em relação aos demais poderes constituídos.

O que se deve atentar em verdade são decisões - consideradas puramente “ativistas” – que são proferidas sem um mínimo de critérios e ao alvedrio dos parâmetros preestabelecidos pela Constituição Federal, as quais podem colocar em xeque o próprio princípio da separação dos poderes e consequentemente o sistema democrático brasileiro.

É bem verdade que a jurisdição constitucional – como destacado pelo Professor Luís Roberto Barroso (2016, P.436) “*designa a interpretação e a aplicação da Constituição por órgãos judiciais*”, sendo que tais órgãos ao estabelecerem uma relação comunicativa, *exempli gratia*, entre os interesses consubstanciados em “preconceitos ou mesmo ideários escusos” em face dos valores mais caros ínsitos à sociedade – em verdadeira circularidade hermenêutica (GADAMER, 1991) – hão de sufragar decisões que prestigiem com a máxima efetividade os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade.

Exemplo disso foi a decisão proferida no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do *Habeas Corpus* nº 82.424-2/RS, em 17/09/2003, impetrado pelo historiador e editor Siegfried Ellwanger autor dos livros “*Holocausto: Judeu ou Alemão* e *Nos Bastidores da Mentira do Século*, julgamento conhecido como “caso Ellwanger”.

Nesse julgamento, a jurisdição constitucional agiu - sem dúvida - como um filtro neutralizador na tensão existente entre o pretense direito à liberdade de expressão consubstanciado na publicação de livros de cunho antissemita e os valores mais caros à sociedade plural em que vivemos como a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

Nesse aspecto, nada obstante o direito à liberdade de expressão ser uma garantia constitucionalmente assegurada, não há dúvida de que os direitos fundamentais não são absolutos, porquanto em caso de tensão entre eles caberá sim o dimensionamento/sopesamento para a solução do caso concreto mormente diante do princípio da relatividade.

Não se discorda dessas proposições. Contudo, o Eg. Supremo Tribunal Federal – notadamente em recente momento histórico pós-Constituição de 1988 – passou a assumir uma posição muitas vezes distanciada de suas competências constitucionalmente estabelecidas, mormente ao enveredar-se pela “atuação política” em seus julgados, arvorando-se como instância única e suficiente para solução das matérias controvertidas a respeito dos direitos fundamentais, sob o argumento de lacuna do Poder Legislativo.



Nessa linha, são diversos os exemplos desse papel dito “iluminista” (ou, para não se dizer, voltado ao decisionismo judicial).

Vide o emblemático julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4277/DF conjuntamente com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 132/RJ, quando a Excelsa Corte, em maio de 2011, reconheceu, em decisão unânime, a união homoafetiva como entidade familiar, conferindo interpretação conforme a Constituição ao art. 1723 do Código Civil e excluindo qualquer significado contrário ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Ou seja, a jurisdição constitucional, em um verdadeiro processo de esforço interpretativo, ao reescrever a Constituição Federal de 1988, permitiu aos indivíduos que vivessem em uniões homoafetivas a possibilidade de equiparação às entidades familiares daqueles indivíduos considerados heterossexuais, nos mesmos moldes preconizados pelo art. 226 e seus parágrafos da Constituição Federal.

Outro julgamento de bastante repercussão - também calcada em uma interpretação construtiva alternativa e um forte ativismo judicial – foi a decisão da Corte Suprema no Mandado de Injunção nº 795 que, ante a falta de norma regulamentadora até a presente data, aplicou aos servidores públicos as regras do regime geral sobre a aposentadoria especial ora tratada no art. 40, § 4º, inc. III da Constituição Federal.

Mais um recentíssimo exemplo de ativismo judicial exacerbado encontra-se também na decisão do Eg. STF, mormente na linha do voto-vista proferido no *habeas corpus* nº 124.306/RS, pelo ilustre Ministro Luís Roberto Barroso, o qual sustentou a possibilidade de se descriminalizar o aborto, quando nos três primeiros meses de gravidez, *a latere* do tipo penal insculpido nos arts. 124 e 126 do Código Penal.

Estes últimos julgados marcam bem, de forma exemplificativa, como tem funcionado o ativismo judicial no Brasil, repercutindo direta e incisivamente na forma como se devem interpretar as leis diante de casos concretos que se mostrarem de maior complexidade.

4. O expansionismo da jurisdição e a aplicação de um método precaucional de defesa.

Especificamente na realidade brasileira tem-se visto, nos últimos anos, uma crescente demanda por decisões judiciais que têm interferido diretamente no âmbito das decisões políticas e também na seara das políticas públicas.





Os fatores para essa guinada (tomada de atitude) por parte do Poder Judiciário, mormente nas questões políticas são complexos e múltiplos. Seja pelo crescente descrédito do povo em relação ao poder Legislativo, visto os rumorosos casos de corrupção e também ante a sua inércia deliberada diante de casos importantes da vida do povo; seja face à omissão do Estado em sanar graves os problemas estruturais ocorridos e também porque tem-se se mostrado – muita vez - pouco afeto a conferir soluções às inúmeras violações aos direitos fundamentais, que não raro geram perniciosa situação de desordem ou melhor como dizem um perfeito: “*Estado de Coisas Inconstitucional*”.

E então o Poder Judiciário é conclamado a afirmar-se em tais problemáticas, utilizando-se de instrumentos interpretativos que possam levar a soluções em descompasso com o próprio texto legislativo.

Pensar e agir dessa forma é por demais perigoso, o que demanda sem dúvida altas doses de desconfiança. Ora, a desconfiança em qualquer sistema operacional não deve ser uma tônica, todavia, também não deve ser negligenciada.

No caso da atuação expansiva da jurisdição constitucional - em áreas até então afetas estritamente às competências e às atribuições dos demais poderes constituídos - tal ingerência pode gerar riscos e incertezas em todo o sistema jurídico e político desenhado e estruturado pela Constituição Federal.

Assim, embora mesmo diante de situações de fundada complexidade e de perplexidade se deve ter, muitas vezes, a *desconfiança* como um poderoso e aliado instrumento de defesa aos eventuais abusos de poder.

Adrian Vermeule (2014, p.23), professor de direito na *Harvard Law School*, da mesma forma com que Locke¹⁰ pregava a desconfiança durante a Revolução Gloriosa, tem sido ardoroso defensor do conceito precaucional de um poder do Estado em relação ao outro.

Não é por demais relembrar que o próprio conceito da separação de poderes não está dissociado totalmente da ideia básica da desconfiança. De fato, *Christoph Möllers*, jovem professor alemão, cujo livro “*The Three Branches – A Comparative Model of Separation of Powers*”, tem estampada em sua capa a foto do Congresso Nacional brasileiro, bem adverte quanto aos significados mais importantes da cláusula da separação de poderes, isto é: *a noção básica de divisão e de freios e contrapesos, bem assim a de negação à usurpação de poder* (2013, p.61).

¹⁰ - Jonh Locke (1632-1704), filósofo inglês e precursor do pensamento liberal, contribuiu significativamente para a revolução em importantes países tais como a Inglaterra, a França e os Estados Unidos da América.



Aliás, sempre se teve a ideia de que a desconfiança é uma grande aliada face ao estado de acomodação que não raro nos atinge diante das complexidades apresentadas pela vida e suas adversidades que muitas vezes parecem insolúveis.

Portanto, não obstante os que negam veementemente a aplicação do método precaucional, como em uma espécie de mecanismo de verdadeira autodestruição (SUSTEIN, 2005, p.26), se aplicado com cautela e parcimônia pode ser bastante útil às finalidades a que se propõem prevenir, principalmente em relação aos abusos e usurpação de um poder em relação ao outro e também à crise existencial do novo constitucionalismo, reforçada pelo incremento da judicialização cada vez maior da política e dos direitos, que poucas respostas têm dado aos problemas considerados tradicionais.

5. “Cruzamento de Poderes” (*Gewaltenverschränkung*) - entre o parlamento e o executivo - como uma maneira de equilibrar e de garantir a jurisdição constitucional.

A vetusta cláusula da separação de poderes como idealizada pelo *Barão de Montesquieu* em seu célebre “*O espírito das leis*”, na qual se preconizou a divisão dos poderes do Estado em uma forma tripartite, isto é, em funções diversas – como a de legislar, produzindo leis; a de administrar o Estado e a jurisdicional (esta última vista por *Montesquieu* com uma função menor, mais restrita e rígida, ou como em suas palavras mera “*a boca da lei*”) - parece não mais atender à franca **expansão da jurisdição constitucional** e a consequente **politização da Justiça** nos últimos tempos, notadamente após o advento da Segunda Grande Mundial, fenômeno este que tem ocorrido nas mais diversas democracias do mundo.

O Brasil, de sua vez, não tem fugido a essa regra, e embora seja uma das quatro maiores democracias do mundo, com mais de 144 milhões de eleitores¹¹, o recente contexto histórico de nosso país nos revela, ainda, uma democracia incipiente, ou seja, não possuímos uma democracia plena que efetivamente ampare as minorias e ao mesmo tempo seja transparente, controle e fiscalize permanentemente os poderes entre si e pelos órgãos estatais, apresentando assim o povo.

Nessa linha de raciocínio, não chega a ser estranho, portanto, que, em democracias ainda não amadurecidas como a nossa, haja um certo desequilíbrio institucional que faz com que ao menos um dos poderes passe a tomar a frente na preservação desse equilíbrio, no

¹¹ - Dados extraídos do sítio do Superior Tribunal Eleitoral www.tse.jus.br no tópico Quantitativo Eleitoral, ano de 2016.





intuito de efetivar e de manter – a todo o custo – as políticas públicas e os direitos fundamentais devidamente delineados na Constituição Federal.

A realidade (brasileira) demonstra bem o avanço desse Poder dito “salvador” - no nosso caso, o Poder Judiciário -, na medida em que é crescente a atuação criativa dos órgãos jurisdicionais nos mais variados ramos da política e também na própria atividade administrativa do Estado, mormente quando da “imposição” de políticas públicas.

Entre nós – como visto – a preferência que se tem dado a quem melhor poderá interpretar a constituição, remanesce, sem dúvida, no Poder Judiciário.

Ora, e tal preferência em certa medida poderá ser perigosa, porque pode se extrair daí – sem muita dificuldade – uma interpretação da Constituição por vezes “monocular” a impedir ou mesmo dificultar que os demais poderes constituídos também possam – de acordo com as suas competências – avaliar e implementar em seu devido tempo as políticas de atuação que melhor lhes aprouver.

Ora, a “supremacia judicial” é um fenômeno que tem surgido nas mais variadas democracias, modernas ou não, e que pode ser considerada decorrência direta dessa “interpretação monocular” da Constituição.

Aliás, Rodrigo Brandão, Professor-adjunto de Direito Constitucional da UERJ (2015, p. 1490), nos adverte – e com devida razão – que

O Judiciário não é uma instituição superpoderosa que dá a última palavra sobre os mais diversos conflitos constitucionais acima da política e da opinião pública, nem um ‘tigre de papel’ que se limita a carimbar preferências de maiorias políticas transitórias ou os resultados da última pesquisa de opinião.

Nesse ponto, Mark Tushnet (1999, p. 9-11) teórico e crítico professor norte-americano tem sustentado - em diversas de suas obras - que, ao povo cabe sim decidir as questões mais controversas, de modo que os representantes do povo no Parlamento, conquanto não pensem da mesma maneira como pensam os magistrados, podem e possuem toda a legitimidade de aprovar leis e/ou emendas à constituição que melhor promovam a efetivação dos valores e direitos insculpidos na Constituição. Isto é, os representantes do povo no parlamento, na qualidade de atores políticos são também legitimados constitucionalmente a cooperar para a interpretação constitucional.

Assim, em relação ao citado fenômeno da “supremacia judicial”, Tushnet desenvolveu interessante teoria acerca do *judicial review* em seus modelos forte (*Strong-Form Review*) e fraco (*Weak-Form Judicial Review*). O primeiro modelo é encontrado no próprio



desenho constitucional norte-americano e no brasileiro, nos quais se permite aos órgãos jurisdicionais invalidar e suspender leis consideradas contrárias à Constituição (tidas como inconstitucionais). No modelo fraco, de sua vez, a exemplo de países como a Nova Zelândia e o Canadá, os tribunais podem, tão-somente, avaliar a compatibilização da legislação em relação às normas e os princípios constitucionais, todavia estão submetidos ao Parlamento, o qual poderá muito bem reverter tais decisões judiciais - em um curto espaço de tempo - aprovando outras leis, no mesmo sentido ou em sentido diverso dos fundamentos daquelas decisões.

Nesse contexto, como proposição a uma solução para a aventada “supremacia judicial” que hoje vivenciamos (não obstante se reconheça aqui o valioso papel do poder judiciário na busca incansável pela proteção às minorias) seria adotarmos como regra de conduta o ditado português “*Nem tanto ao céu, nem tanto à terra*”, ou seja, deveríamos excluir de vez o foco nos extremos e tentarmos compreender as nossas falibilidades por meio de um **diálogo legítimo e franco** entre os poderes, como uma salutar (talvez) alternativa para melhor se pensar em relação à penosa tarefa de se interpretar a Constituição.

Essa empreitada dialógica entre os poderes constituídos a que se propõe neste trabalho está imbricada no sentido de cooperação, de “cruzamento forças” entre os poderes constituídos: legislativo, executivo e judiciário.

Portanto, referido cruzamento de poderes (*Gewaltenverscharänkung*), ou melhor dizendo, a possibilidade de os poderes se influenciarem respectivamente, seja o judiciário reafirmando a independência e a competência do executivo em relação às políticas públicas por ele implementadas, seja o parlamento participando ativamente da formação dos integrantes dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário.

Exemplo claro desse “cruzamento de poderes” ocorre na Alemanha, onde os juízes que compõem o Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) são eleitos metade pelo Conselho Federal (*Bundesrat*) e a outra metade pelo Parlamento Federal (*Bundestag*), e tais órgãos se assemelham, *grosso modo*, no Brasil como se fossem o Senado Federal e a Câmara Federal, respectivamente, indicando referidos membros.

De ver-se que, pelo mecanismo do “cruzamento de poderes”, pode-se muito bem (re)desenhar o princípio da separação de poderes - sem lhe alterar as bases de sua estrutura idealizada há mais de trezentos anos -, mesmo diante dessa nova realidade constitucional e política que nos é imposta hoje no Brasil.





De fato, o processo dialógico e a cooperação mútua são eficazes mecanismos que possibilitam aos poderes constituídos a seu modo devido “governar” uma variedade de conexões e relacionamentos entre si, de forma que exista uma perfeita interligação de energias e um eficiente sistema de “inibições e contrapesos” (verificações e balanços) que permitam aos poderes exercerem suas funções de forma independentes umas das outras em equilíbrio mútuo.

Enfim, precisas e atuais são as palavras de Peter Hogg e Allison Bushell (1997, v.35, n.1) no sentido de que vivemos hoje um

Novo paradigma regendo o constitucionalismo contemporâneo, em que a questão deixa de ser quem deve interpretar ou que Poder deve fazê-lo, e passa a indicar a necessidade de se buscar uma teoria construída a partir de uma proposta cooperativa pela qual as intuições possam compartilhar fundamentos comuns ao operacionalizar as ordens jurídica e política da realidade democrática.

Ou seja, uma jurisdição constitucional calcada no princípio cooperativo entre os poderes pode auxiliar na divisão do árduo trabalho de levar solução concreta aos casos considerados difíceis ou que tenham amplo alcance na esfera dos indivíduos.

Conclusão

A magistral obra “*O espírito das Leis*” de Charles Louis de Secondat, Barão de Montesquieu, notadamente no que diz com o princípio da separação de poderes, definitivamente mantém seu valor quanto à tarefa de aplicação do direito.

É bem verdade que não são poucas as vozes de constitucionalistas e juristas críticos que sustentam um acentuado enfraquecimento e declínio do constitucionalismo considerado tradicional, o qual estaria passando por uma profunda “*crise existencial*”, uma vez que não seria suficiente para fornecer as bases sólidas ao protagonismo dos órgãos jurisdicionais, que - a todo custo - visam a atender aos reclamos sociais e jurídicos do momento.

Aduzem, ainda, citadas vozes que o atual movimento político-jurídico-social, isto é, o constitucionalismo de então, é ineficaz também para solucionar as profundas reivindicações sociais, os descontentamentos na política e as diretrizes equivocadas dos governantes em relação às políticas públicas.

E essa pretensa crise instalada, no modelo estatal contemporâneo, não é somente nossa, parece que tem ocorrido também na maior parte das democracias do mundo e é por isso que surgiram inúmeros modelos de constitucionalismo no cenário global (tais como: compensatório; societal; europeu; global; multinível; transconstitucionalismo e outros), cada



um a seu modo pretendendo solucionar os problemas e as deficiências existentes nos estados contemporâneos, como dito.

Entre nós, no entanto, tem prevalecido um modelo de constitucionalismo judicial, fruto em verdade de um expansionismo desmedido da jurisdição constitucional que se tem dado, nos últimos tempos, contornos um tanto quanto distorcidos.

No entanto, não se quer aqui justificar uma jurisdição constitucional estática, avessa às novas realidades do mundo e muito menos compreendida como algoz do postulado da separação de poderes.

Ao contrário, pretende-se, em verdade, que se prevaleça uma jurisdição constitucional contemporânea alicerçada não só nos fundamentos do Estado de Direito, como também compreendida como um instrumento de existência e de perpetuação do princípio constitucional da separação de poderes e que assuma, por consequência, relevante papel no processo dialógico constitucional entre o Judiciário e os demais poderes constituídos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Inconstitucionalidade sem parâmetro no Supremo. Revista Consultor Jurídico, de 29/12/2013.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – 5ª ed. Saraiva, 2016.

BENTHAM, Jeremy. O Panóptico. Org. Tomaz Tadeu, traduções de Guaciara Lopes Louro. 2ª ed. Ed. Autêntica. Belo Horizonte, 2008.

ELY, John Hart. Democracy and distrust: a theory of judicial review. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980

BRANDÃO, Rodrigo. Diálogos Constitucionais nos Estados Unidos e no Brasil, RJLB, Ano 1 (2015), nº 04.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pag. 230.

GADAMER, Hans-Georg. Verdad y Método: fundamentos de una hermenéutica filosófica. Tradução por Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. 4ª ed. Salamanca: Sígueme, 1991.

HAGG, Peter; Bushell, Allison. The Charter dialogue between Courts and Legislatures. Osgood hall Law Journal, v. 35, n.1, 1997.

KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. 3ª Ed. Martins Fontes, 2013, p. 121.





MAUS, Ingeborg. O Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. Revista Novos Estudos CEBRAP, nº 58, nov. 2000.

MENDES, Gilmar F. Os novos desafios da Jurisdição Constitucional no Século XXI: a perspectiva brasileira. [www.stf.jus.br>repositorio>cms>anexo](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/anexo) acessado em 09/03/2017.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo I. 6ª Ed. Coimbra Editora, 1977, p. 63.

MOELLERS, Christoph. The Three Branches - A Comparative Model of Separation of Powers.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondant, baron de la Brède et de. O espírito das leis. Trad. Fernando Henrique Cardoso. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

SUSTEIN, Cass. Laws of fear: beyond the precautionary principle. Cambridge University Press, New York, 2005.

THEODORO Jr. Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Forense, 2006.

TOCQUEVILLE, Alexis de. O Antigo Regime e a Revolução. Editora Brasília UNB, 1997.

TUSHNET, Mark. Talking the Constitution Away from the Courts, 1999.

VERMEULE, Adrian. The constitution of risk. New York: Cambridge University Press, 2014

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review, Yale Law Journal, n. 115, 2006.

